seiner Gräcomanie daraus hätte ableiten können und mögen, weiß ich freilich nicht; aber das weiß ich, daß ich auch bei dieser Gelegenheit auf keine Weise wankend geworden bin in meinem alten Glauben: die Basiliken können zur Bestätigung eines critisch gebildeten Textes des Justinianeischen Rechtes dienen, aber als Erklärungsquelle sind sie so ungesalzen, wie das schwarze Meer, in dessen Nähe sie geschrieben sind.

VIII.

Die neueste Prozeßgesetzgebung mit beurtheilender Darstellung der neuen Entwürfe für Baiern und die Niederlande und der Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover.

Von Mittermaier.

Drei neue Werke der Legislation sind es, welche das überall in Europa lebendige Streben nach Verbesserung der Gesetzgebung in drei durch den achtungswürdigen Geist dieses Strebens ausgezeichneten Staaten zu Tage gefördert hat. Diese neuen Producte gehören, wie sie jetzt vorliegen, auch der Wissenschaft an, die die Fortschritte der Gesetzgebungskunst prüft und beobachtet, was von den Forschungen und Discussionen der Schule ins Leben übergehen soll. Der in Baiern unter dem Titel: revidirter Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1827 den Landständen vorgelegte Entwurf ist im Wesentlichen auf den 1825 vorgelegten Entwurf gebaut, von welchem wir damals in dieser Zeitschrift [1]) umständliche Nachricht gegeben haben.

1) Archiv VIII. Band Nr. XVII. S. 409—440. IX. Band Nr. VIII. S. 117—144.

Das Interesse, welches baierische und ausländische Schriftsteller an dem Entwurfe nahmen, hat manche von jedem Freunde der Prozeßpolitik zu beachtende Erscheinung hervorgerufen [2]). Der revidirte Entwurf des Jahres 1827. hat, wie man leicht bemerkt überall auf die in den erschienenen Kritiken gemachten Erinnerungen Rücksicht genommen, und so sind manche Bestimmungen des früheren Entwurfs ganz weggelassen oder bedeutend verändert. In formeller Hinsicht hat der neue Entwurf vor dem von 1825. den Vorzug einer größeren Kürze, einer gedrängten Gesetzessprache [3]), und eines richtigen Festhaltens an dem Satze, daß ein Gesetzbuch kein Compendium seyn dürfe, daher vieles der Doctrin Angehörige nicht im Gesetzbuche Platz finden könne [4]). Statt der im Entw. v. 1825. angenommenen Anordnung des Ganzen (s. dies Archiv VIII. S. 415.) nach Büchern, die wieder in Kapitel zerfielen, hat der neue Entw. in fortlaufenden 34. Kapiteln ohne Abtheilung in Büchern die Materien be-

2) Auszuzeichnen sind: Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung in Baiern. Erlangen 1826. — (Nibler) Gedanken über den Entw. einer Prozeßordn. für Baiern. Straubing 1827. — v. Hinsberg Bem. über den Entwurf der Prozeßordn. für Baiern. München 1827. — Mehrere Aufsätze über einzelne Lehren in der beachtungswürdigen Zeitschrift von Zu-Rhein Beiträge zur Gesetzgebung und pract. Jurisprudenz mit bes. Rücksicht auf Baiern. München 1826. bis jetzt 3. Hefte — eine an vielen trefflichen Bemerkungen reiche Collectivrecension von Scheuerlen steht in der Tübinger kritischen Zeitschrift 1827. I. Band S. 78. II. Band S. 237.

3) Der Entw. von 1825. bestand aus 1179. §§; der revidirte aus 618. §§.

4) Der Entwurf von 1825. begann in §. 1. mit dem Satze (der wohl in eine Prozeßordnung nicht gehört) daß Niemand sein Recht aus eigner Macht und Gewalt geltend machen dürfe. — Der revidirte Entw. beginnt §. 1. einfach: Jede streitige Privatsache ist bei demjenigen Gerichte, wohin der Beklagte seiner Person oder der streitigen Sache wegen gehört, anzubringen.

handelt. — Von den Eigenthümlichkeiten des Entwurfs vorzüglich durch Einführung der Oeffentlichkeit, und der Staatsanwaldschaft (von den beigefügten Gesetzentwürfen über Gerichtsverfassung und Staatsanwaldschaft ist schon im vorigen Heft Band X. S. 450—55. Nachricht gegeben worden) ist unten näher zu sprechen. — Der zweite uns vorliegende Entwurf ist das den Generalstaaten 1827. vorgelegte projet de Code de procedure civile für die Niederlande; er nähert sich mehr dem französischen Code, weicht aber davon bedeutend insbesondere durch größere Begünstigung der Schriftlichkeit, durch Anwendung der Eventualmaxime ꝛc. ab, und wird dadurch um so interessanter als eben im Königreiche der Niederlande noch der Code de procedure gilt und die Abweichungen des Entwurfs als ein Zeugniß gelten mögen, daß man durch Erfahrung von den Mängeln des Code sich überzeugte. Der Entwurf ist auf die im vorigen Hefte des Archivs S. 441—450. mitgetheilte Gerichtsverfassung berechnet, auf Collegialverfassung, unbedingte Oeffentlichkeit und (jedoch nur zum Theil) auf Mündlichkeit gebaut. Der Entwurf enthält III. Bücher. I. von dem Verfahren der Cantonsrichter, Bezirkstribunale, Provinzialgerichtshöfe und haute cour. II. Buch (in 7. Titeln) handelt von der Execution. Das III. von verschiedenen Verfahrungsarten und zwar Tit. I. vom Schiedsrichterinstitute, die Tit. II. bis VI. sind dem französ. Code nachgebildet, nur findet sich Tit. VII. ein sehr wichtiger Titel (der im Code ganz fehlt) über die Maaßregeln, welche bei Insolvenz eines nicht Commersant eintreten. — Einen durchaus andern Character als die zwei eben genannten Entwürfe hat das dritte neueste legislative Produkt, — die Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover. — Wenn die ersten zwei Entwürfe wichtig werden, um zu zeigen, wie eine Prozeßordnung im Geiste der Forderungen nach Collegialverfassung, Oeffentlichkeit, Mündlichkeit bearbeitet werden kann, wenn sie daher dem Freunde neuer Gesetzgebungen interessant sind, so fesselt

das hannöverische Gesetz die Aufmerksamkeit der deutschen Juristen dadurch, daß dies Gesetz völlig auf die Grundlagen der bestehenden deutschen Gerichtsverfassung und des gemeinen deutschen Prozesses gebaut ist, und in so ferne am besten dazu dient, zu zeigen, welcher von den verschiedenen wissenschaftlichen Meinungen bei der Entscheidung der Controversen der Vorzug gegeben wurde, und welcher Verbesserungen der deutsche Prozeß fähig ist, auch wenn man die bisherigen Grundlagen nicht ändern will. — Betrachtet man freilich dieß neue Gesetz von dem Standpunkte der neuerlich mehr oder weniger überall ausgesprochenen Forderungen nach Collegialverfassung, Oeffentlichkeit ꝛc. so steht das Gesetz weit unter den Erwartungen, allein nichts würde verkehrter seyn, als für alle Staaten eine Grundform aufzustellen, nach deren Maaßstab jedes legislative Product beurtheilt werden müßte. Ueberall entscheiden lokale Verhältnisse, politische Einrichtungen und Volksansichten, und dem Gesetzgeber darf zugetraut werden daß er die Voraussetzungen wohl erwogen habe, ob auf dem Boden, für den seine Gesetzgebung bestimmt ist, die neue Pflanze der Legislation welche er einführen will, auch gedeihen werde. Alle Einrichtungen hängen überall mit so vielen lokalen und nationalen Interessen, Individualitäten und Ansichten zusammen, daß man sich hüten muß (vorzüglich der ferne stehende Ausländer) den Stab über ein Gesetzgebungswerk zu brechen, blos weil es dem Ideale nicht entspricht, das der Kritiker in seiner Brust trägt. — Die neue hannöv. Prozeßordn. zerfällt in VI. Theile. I. Allgemeine Bestimmungen. II. Von dem ordentlichen Prozesse bei den Untergerichten. III. Von den summarischen Prozessen. IV. Von den Rechtsmitteln wider die Verfügungen und Erkenntnisse der Untergerichte. V. Von der Hülfsvollstreckung. VI. Von dem Concursverfahren. — Es sey nun erlaubt die 3 neuesten legislativen Produkte nach den Grundeinrichtungen vergleichend näher zu prüfen.

I. Man hat in neuerer Zeit auch in Deutschland soviel

von den angeblichen Vortheilen des Sühneversuchs gesprochen, und insbesondere ist das französische Institut, nach welchem jeder Kläger, ehe er an das Tribunal sich wenden kann, zuerst vor dem Friedensgerichte den Vergleichsversuch gemacht haben muß, als ein treffliches Mittel, Prozesse im Keime zu ersticken betrachtet worden. Die Stimme in Frankreich selbst giebt dem Institute kein günstiges Zeugniß [5]; man erkennt immer mehr daß die schwärmerischen Voraussetzungen, von welchen die Revolutionsjuristen ausgingen, bei dem jetzigen Zustande der Friedensrichter nicht passen; schon die Redaktoren des jetzigen Code [6]) mußten es gestehen, daß in den Städten das Institut wenig genutzt habe, mehrere Appellationshöfe erklärten sich in ihren Gutachten völlig dagegen; selbst der neueste Vertheidiger des Instituts, Carré gesteht [7]), daß die jetzige Einrichtung große Gebrechen habe, und bekannt ist es, daß in der Regel der Beklagte mit Bezahlung der 10 Franken [7]) von seiner Pflicht zu erscheinen sich loskauft. Es ist daher sehr begreiflich, daß diejenigen, welche die französische Gesetzgebung unpartheiisch würdigen, Gegner des Instituts sind; schon *Bellot* [8]) sprach von einem

5) S. auch *Meyer* esprit, origine et progrès des institutions judiciaires vol. V. p. 370. etc.

6) S. ihre merkw. Geständnisse in dem exposé des motifs du Code de procedure civile (Ausgabe v. 1807. bei Galland) pag. 14.

7) In seinem Werke: les loix de l'organisation et de la competence des jurisdictions civiles. Paris 1826. II. vol. vol. II. p. 266—78. et p. 403—413. Wir müssen unsere Leser, welche das ganze Detail der französ. Gerichtsverfassung kennen lernen wollen, vorzüglich auf dies überall mit historischen Untersuchungen, Angabe aller arréts und vielen legislativen Forschungen ausgestattete Werk aufmerksam machen.

7) Diese sind nach dem Code de proc. art. 56. die Strafe welche der zum Sühneversuch vorgeladene bezahlen muß, wenn er nicht erscheint.

8) *Bellot* exposé des motifs de la loi sur la procedure civile pag. 33.

passeport, dont les parties etaient contraintes de se munir pour parvenir aux tribunaux, und der kenntnißreiche Oppen [9]) redet von einer Zwischenstation, welche der Gesetzgeber errichtet habe. So ist auch in den Ländern in welchen der Code de procedure gesetzlich galt, das Institut aus den neuesten legislativen Produkten verschwunden; der Code von Geneve erkennt nur in einigen Fällen [10]) die Nothwendigkeit eines Sühneversuchs an, und der Entwurf der niederländischen Prozeßordnung [11]) spricht nur aus, daß das Tribunal in allen Fällen und in jeder Lage des Prozesses den Partheien gebieten könne persönlich vor einem oder mehrern Richtern zu erscheinen, welche der Gerichtshof zum Zwecke mit Sühneversuch beauftragt. — Die hannöv. Prozeßordn. [12]) ohne einen vor dem Anfange eines jeden Prozesses zu veranstaltenden Vergleichsversuch zu gebieten, will nur, daß nach eingereichter Einredeschrift der Richter überlegen soll, ob er in der Sache jetzt schon erkennen kann, oder ob noch Verhandlungen nöthig seyen; im ersten Falle soll er einen Vergleichsversuch anstellen, die Partheien zu Vergleichsvorschlägen auffordern oder ihnen selbst dergleichen thun, und das Wesentliche zu Protokoll bemerken. — Vor dem gänzlichen Schlusse des Verfahrens ist [13]) immer die Güte zu versuchen, und wenn der Versuch auch fruchtlos blieb, so sind die Vergleichsvorschläge zu Protokoll zu nehmen oder Gründe anzugeben, welche dem Vergleiche entgegen stehen; von einem Vergleichsver-

---

9) In seiner Vergleichung der französ. und preußischen Gesetze. (Köln 1827.) II. Heft S. 167.

10) Nach Code de Geneve art. 5. soll keine Klage zwischen Ehegatten, Ascendenten und Descendenten bei dem Tribunal angenommen werden wenn nicht zuvor vom Präsidenten, der die Sühne versucht, die Autorisation ertheilt worden ist.

11) Livre 1. tit. 1. art. 19.

12) Art. 48.

13) Nach art. 49.

suche [14]) mag dann, wenn die Parthei von ihrem klaren Rechte etwas aufopfern müßte und es nicht etwa auf längere terminliche Zahlungen ankommen sollte oder wenn sich die Sache überhaupt nicht zu einem Versuche eignet ganz abstrahirt werden. — Weit mehr nähert sich der baierische Entwurf [15]) dem französischen Prozesse in dieser Lehre. Keine zum ordentlichen Prozesse geeignete Sache soll bei den Gerichten angenommen werden, wenn nicht mit der Klagsübergabe zugleich ein Zeugniß des Vermittlungsamts, daß beide Partheien erschienen oder daß der Kläger den Beklagten vorfordern ließ, vorgelegt wird. Die Ladung des Beklagten geschieht vor das Vermittlungsamt in seinem persönlichen Gerichtsstande (116). Der Nichterscheinende verfällt in Strafe von 1—10. fl. — In Rechtsstreitigkeiten, zwischen Ascendenten, Descendenten, Geschwistern, Verschwägerten bis 2ten Grad, zwischen Ehegatten, über Gränzirrungen, Dienstbarkeiten, zwischen Grundherren, Grundholden, Pfarrern und Pfarrangehörigen, in Prozessen über gestellte Rechnungen, Erbschaftsforderungen muß die Sühne versucht werden, die Aemter sind ermächtigt, selbst Realladung gegen den ungehorsam Ausbleibenden zu verfügen (114). Die Vergleichsvorschläge werden zu Protokoll genommen [16]). Der Vergleich wird protokollirt und gilt wie ein rechtskräftiges Urtheil (116). — Schwerlich verdient diese der bisherigen baierischen Gesetzgebung in dieser Ausdehnung unbekannte Anordnung einer neuen Station ehe man in den Vorhof des Justiztempels kömmt, Billigung. 1) Der Entwurf will nur bei ordentlichen Sachen diesen Versuch machen lassen [17]); also alle

14) So heißt es in art. 15.

15) Kap. VII. art. 113.

16) Nach art. 116. kann der Beamte die mit den Partheien erschienen Personen aus dem Zimmer entfernen, wenn er wahrnimmt daß sie auf eine zu dem Vergleiche geneigte Parthei nachtheiligen Einfluß ausüben.

17) Nach art. 380. soll im summarischen Prozesse nach geendigter Verhandlung die Sühne versucht werden.

zum summarischen Prozesse, daher z. B. zum Executiv- oder Besitzprozesse geeigneten Sachen sind diesem vorläufigen Versuche nicht unterworfen. Hält man einmal diesen Sühneversuch für so wichtig, so ist nicht einzusehen, warum der Umstand, daß der Kläger eine Urkunde für seine Forderung hat, ihn von der Pflicht den Vergleich zu versuchen, befreien soll [18]. Der Entwurf will daß bei Prozessen unter Verwandten ꝛc. (s. oben art. 114.) Sühneversuch eintrete; da zuvor allgemein ausgesprochen ist, daß nur die zum ordentlichen Prozeß geeignete Sache dem vorgängigen Versuche unterworfen ist so muß man annehmen, daß auch der darauf folgende art. 114. nur von ordentlichen Prozessen zwischen Verwandten ꝛc. sprechen will; wenn daher ein Schwager von dem anderen 100. fl. 30. fordert so muß er den Sühneversuch machen; klagt er gerade aus 100. fl. ein, so ist dieß nicht nothwendig weil nach art. 373. eine Klage deren Gegenstand nicht 100. fl. übersteigt summarisch ist; die Consequenz möchte hier vergebens gesucht werden. 2) Der Entwurf ordnet durch diesen Sühneversuch eine den Bürgern lästige (in der Regel nach der Erfahrung nutzlose) neue Verzögerung des Prozesses an; denn a) schon im allgemeinen entsteht diese Zögerung dadurch, daß nach der Meldung des Klägers dem Beklagten eine Frist (sie sey auch noch so kurz — so ist doch Verzögerung da —) gesetzt werden muß; aber b) nach dem baier. Entw. ist dies noch schlimmer; denn darnach muß im persönlichen Gerichtsstande des Beklagten der Vergleich versucht werden. Nun denke man den Fall, daß jemand der in München wohnt und Güter in Aschaffenburg hat, mit einer dinglichen Klage wegen des Guts belangt werden soll; nach art. 8. gehört die dingliche Klage an das forum rei sitae; und in

18) Nach Code de proc. art. 49. sind Sachen qui demandent celerité vom Sühneversuch dispensirt; über den Sinn dieses Ausdrucks s. Carré les loix de l'organisation 1. p. 408 — 11. und sein traité. 11. p. 47.

München muß das Vermittlungsamt eintreten; oder ein Adelicher, der befreiten Gerichtsstand vor dem Appellationsgericht München hat, wohnt auf seinen Gütern 16 Stunden von München entfernt, und soll wegen eines Vertrags für welchen Nürnberg forum contractus ist, belangt werden. Welche Zögerungen entstehen nicht durch diesen Sühneversuch. c) Da summarische Prozesse, von dem ordentlichen, sich auch durch die Summe unterscheiden, die Berechnung der Summe aber bekanntlich oft nicht leicht ist, und Streitigkeiten bei Gericht veranlaßt, so wird nicht selten am Anfang des Streites ein Vorstreit über die Nothwendigkeit der Vermittelung entstehen; der Kläger z. B. hält den Prozeß für summarisch, klagt bei dem Amte, ohne Vermittelung zu versuchen; der schlaue Beklagte welcher Zeit gewinnen will, behauptet daß die Sache zum ordentlichen Prozesse gehöre, und rügt den Mangel des Vermittlungsversuchs. Da auch nach Entwurf art. 381. jeder Prozeß summarisch verhandelt werden kann, wenn beide Theile dies verlangen, der Kläger daher oft den summarischen Prozeß einleiten wird, in der Hoffnung, daß der Beklagte einstimmen werde, in der Folge aber der Beklagte sich weigert und nun ordentlicher Prozeß eintreten muß, auch das Gericht selbst die Sache in der Folge zum ordentlichen Prozeß, also an das Tribunal verweisen kann, so muß dann oft erst noch spät die Vermittelung versucht werden. d) Wenn nun Vergleich versucht wird und der Beklagte erscheint, so erhält derselbe ein leichtes Mittel, sein Interesse Zeit zu gewinnen, zu realisiren; er stellt sich anfangs geneigt zum Vergleiche, bittet um Bedenkzeit oder erklärt daß er erst noch von dem mitbetheiligten Miterben oder Streitgenossen Consens einholen müsse, und gewinnt damit ein Paar Wochen, in denen manches an der ursprünglichen Lage des Beklagten zum Nachtheile des Klägers sich ändern kann. Da der Entwurf auch zum Vergleichstermine Bevollmächtigte zuläßt, so wird noch mehr Zögerung eintreten; oft wird an der Vollmacht etwas zu tadeln seyn (der schlaue

Beklagte richtet es vielleicht absichtlich so ein) und dem Bevollmächtigten wird man ohnehin auf die Vergleichsvorschläge eine Frist zur Mittheilung derselben an den Mandaten oft bewilligen müssen. Berechne man einmal die durch solche leicht mögliche Zwischenverhandlungen entstehende Zögerung. 3) Der Entwurf legt aber auch den Bürgern eine Last auf, die wohl nicht im Verhältnisse zu den geringen Vortheilen steht, welche nach Erfahrung aus den Vergleichsversuchen sich ergeben. Erwägt man, daß niemand zu einem Vergleiche gezwungen werden kann, daß auch der Beklagte wenn er bei Gericht erscheint, das Recht hat, eine trockene Erklärung seines Willens sich nicht zu vergleichen, entgegensetzen kann, so ist es eine der Natur des Civilprozesses und den hier in Frage stehenden Rechten zuwiderlaufende Härte, sogar Realladung gegen den außenbleibenden Beklagten erkennen zu lassen. 4) Auch die Fälle wo der Sühneversuch nothwendig seyn solle, erwecken manche Bedenklichkeit. So gerne man zugeben kann, daß bei Prozessen unter nahen Verwandten, Ehegatten, gewichtige Gründe den Vergleichsversuch rathen mögen, so wenig paßt die Analogie bei Klagen zwischen Pfarrern und Pfarrangehörigen, Grundherren und Grundholden. Das angeblich zarte Verhältniß was man etwa unter diesen Personen finden könnte, ist auf dem Papiere aber nicht im Leben; es frägt sich bei solchen Prozessen um Vermögensrechte, und zwar gewöhnlich um ewige Lasten, deren Begründung höchst wichtig für Bauern ist und wo der Streit meist zu den schwierigsten gehört. Wenn der Bauer die actio negatoria wegen widerrechtlicher Zehendforderung, oder wegen Laudemialpflicht anstellen will, warum muß er dem verzögernden Vergleichsversuche sich unterwerfen? In der Art der Sache liegt kein Grund, und das in anderer Hinsicht vorhandene persönliche Verhältniß hat hier keinen Einfluß. Auch Erbschaftsforderungen und Dienstbarkeiten sind gewöhnlich so schwierig in faktischer und rechtlicher Hinsicht, daß auf ein Mißlingen des Vergleichsversuchs gerechnet

werden kann. 5) Man kann nicht genug eine von den Praktikern aller Länder gemachte Erfahrung hervorheben, die: daß am Anfang des Streites die natürliche durch die Kostspieligkeit der von der Justiz zu erkaufenden Schritte noch nicht ermüdete Erbitterung, und durch die Unannehmlichkeiten und Zögerungen des Prozesses noch nicht verminderte Hoffnung jeder Parthei auf den Sieg unmöglich günstig für den Vergleich wirken wird, und daher die preußische Einrichtung offenbar den Vorzug verdient, nach welcher der Sühneversuch erst nach regulirten status Causae oder nach aufgenommenen Beweismitteln [19]) (obwohl der Instruent auch früher an schicklichen Stellen den Vergleich versuchen mag) gemacht werden soll; und wenn man die große Zahl von Vergleichen erfährt, welche in Preußen 1821. 1822. gestiftet wurden [20]) so darf man nicht vergessen, daß in Preußen die Vergleiche nicht auf die französische Weise vor dem Beginnen des Prozesses versucht werden. Uebrigens ist es eine mißliche Sache, die Gründe auszumitteln aus welchen an manchen Orten unverhältnißmäßig mehr Vergleiche Statt finden, als an andern; für den Werth der Gesetzgebung und die Festigkeit der Erwartungen der Bürger von einer gerechten Justizpflege des Landes bürgt eben die große Zahl der Vergleiche nicht immer; in Frankreich hat man die Bemerkung gemacht, daß eben an Orten, wo die Tribunale nicht sehr gut besetzt sind, oder wo der große Gerichtssprengel den Unterthanen die Prozeßführung sehr unbequem macht, die meisten Vergleiche zu Stande kommen, und das nämliche auch in den minder aufgeklärten (unsere Leser kennen wohl die geistreiche Eintheilung welche Dupin gemacht hat) Departements Statt findet, während in den Departements wo die meiste Bildung herrscht

---

19) Preuß. Gerichtsordn. tit. XI. Grävell.

20) Nach der Staatszeitung v. 7. und 9. August wurden im Jahre 1821. 124278 Erkaterte und 87935 Vergleiche, und im Jahre 1822. 138801 Urtheile und 97985 Vergleiche gestiftet.

und die besten Gerichtshöfe sind, am wenigsten Vergleiche sich finden. — Möge die Gesetzgebung den Sühneversuch der nur ein Nebenzweck der Rechtspflege ist [21]) nicht zu hoch anschlagen, und nicht durch Nachahmung der französischen, in Frankreich selbst nicht mehr gepriesenen Einrichtung der Erreichung des Hauptzwecks der Justiz schaden.

II. Eine Eigenthümlichkeit des revidirten Entw., die ihn vor dem v. 1822 auszeichnet, ist die Oeffentlichkeit aller Verhandlungen [22]). Nur Personen des weiblichen Geschlechts und Kinder sind von dem Zutritt ausgeschlossen (118). Der Entw. hat es aber nicht blos bei dieser formellen Oeffentlichkeit bewenden lassen, die vollste materielle Oeffentlichkeit wie sie schon der Entw. v. 1822 aussprach, ist ohnehin stehen geblieben; die Partheien sind bei der Zeugenvernehmung (314) gegenwärtig; am Ende der schriftlichen Verhandlungen findet (§. 360.) das mündliche Verfahren vor dem versammelten Gerichte Statt; die Partheien können dabei gegenwärtig seyn, und sich selbst überzeugen, daß ihre Anträge und Ausführungen zur Kenntniß der Richter kommen, welche darüber urtheilen sollen; freilich bürgt nichts dafür, daß die Gerichtsmitglieder auch treu die vorgetragenen Thatsachen aufgefaßt haben; denn zur Berathung und Schlußfassung ziehen sich die Richter in das geheime Berathungszimmer zurück (369) und da darin auch von einem Referenten Vortrag erstattet werden kann, bei dessen Erstattung die Partheien nicht gegenwärtig sind (370) da oft in wichtigen Sachen Wochen vorüber gehen können, bis der Vortrag gehalten wird, und dann die Richter, deren Gedächtniß nicht immer treu alles vor 14 Tagen in einer mündlichen Verhandlung Vorgekommene behalten wird, doch dem Referenten am meisten trauen müssen, so ist der Vortheil

---

21) V. Oppen Vergleichung II. Heft S. 183.

22) Welche Ausnahmen Statt finden sollen, daneben ist schon oben in diesem Archiv Band X. S. 435. not. 11. die einschlägige Stelle des neuen Entw. abgedruckt.

der Oeffentlichkeit sehr geschwächt; obwohl zwar der §. 121 des rev. Entw. den Partheien zu jeder Zeit die Einsicht der Akten nach Absonderung des Gutachtens des Referenten [23]) gestattet [24]). Betrachten wir nun die Oeffentlichkeit wie sie der niederländische Entw. vorschreibt, so spricht er die volksthümliche Oeffentlichkeit als Regel aus [25]), nur aus wichtigen Gründen kann das Gericht eine Ausnahme anordnen [26]). Alle Verhandlungen gehen in der öffentlichen Audienz vor; wird schriftliches Verfahren angeordnet und ein Referent aufgestellt, so wird der Vortrag in öffentlicher Audienz erstattet, sein Gutachten aber giebt dabei der Referent nicht, und die Plädoirieen beginnen dann erst nach erstattetem Vortrag [27]); nach der in der Berathungskammer geschehenen Deliberation wird das Urtheil in der Sitzung ausgesprochen [28]). In Bezug auf die Zeugenvernehmung hat der niederländische Entw. die Oeffentlichkeit weiter ausgedehnt als der französ. Code es thut. Nach dem Entw. [29]) verordnet das Tribunal, daß die Zeugen in der Audienz vernommen werden; jedoch kann auch wenn es nothwendig gefunden wird, die Zeugenvernehmung vor einem oder mehreren hierzu abgeordneten Richtern vorgeschrieben werden; die Partheien sind auch in diesem Falle bei der Vernehmung gegenwärtig [30]). Es ist voraus-

---

23) Nach dem Entw. 1823 hieß es §. 186. nach Absonderung der Referate; also nach dem jetzigen Entw. kann der faktische Theil des Vortrags eingesehen werden.

24) In Baden haben die Partheien das Recht nicht blos den ganzen Vortrag des Referenten also auch sein Gutachten, sondern auch alle Abstimmungen der Richter einzusehen. Niemand hat in Baden davon einen Nachtheil bemerkt.

25) *Projet* liv. 1. tit. 1. sect. II. art. 18.

36) art. 19. und Gesetz über die richterliche Gewalt art. 20.

27) *Projet* tit. 11. ject. 33.

28) art. 33.

29) tit. 11. art. 61.

30) *Projet* art. 64.

zusehen, daß die im baierischen Entwurfe vorgeschlagene Oeffentlichkeit am meisten Gegner in Deutschland findet, vorzüglich wo von Civilsachen die Rede ist und recht ehrlich gestanden, ist freilich auf ein Wiederaufleben der alten volksthümlichen Oeffentlichkeit wie sie in der Zeit der reinen Schöffenverfassung bestand, bei uns nicht mehr zu denken. Schlimm würde es seyn wenn wir durch unsere sogenannte Publizität doch eigentlich nur ein Schauspiel erhielten, das man um doch den liberalen Ideen auch einige Huldigung zu bringen, als eine Zugabe zu dem ganzen Prozeß einführte; und wenn man von einer bloßen mündlichen Schlußverhandlung hört, so möchte man oft versucht werden, zu glauben, daß die Sache auf dies Schauspiel hinausläuft. Auf jeden Fall bedarf es einer Verständigung darüber wie der baierische Entwurf die Oeffentlichkeit ansehen will; der art. 118. spricht von Oeffentlichkeit aller Verhandlungen; daher müßte jedem erlaubt seyn auch bei Verhandlungen des schriftlichen Vorverfahrens und bei Einzelnrichtern an jeder Vernehmung der Zeugen Theil zu nehmen, und consequent schiene auch der Sühneversuch öffentlich seyn zu müssen; dies letzte möchte doch sehr bedenklich und dem Gelingen des Versuchs gewiß nachtheilig seyn. Auf jeden Fall sollte darüber im Gesetzbuche noch etwas bemerkt werden. Man hat manchen Schuldenmachern oder Intrikanten Schrecken damit eingejagt, daß diese Oeffentlichkeit plötzlich den mühsam überall zusammengehaltenen Mantel, der die Blößen decken sollte, abreißen und manche Geheimnisse an das Tageslicht bringen würde, die bisher gnädig mit Nacht bedeckt waren; allein abgesehen von der Frage: ob dies Interesse, daß das Schuldenmachen oder manche Verführung bedeckt bleibe größer ist, als das Interesse der Gerechtigkeit, sollte diese Besorgniß doch Niemanden schrecken, der den Zustand unserer Gerichtsgeheimnisse kennt; der Unterschied zwischen der Oeffentlichkeit wie sie künftig bestehen würde, von der jetzigen liegt nur darin, daß nach der Ersten die Sache wie sie wirklich an das Gericht

gelangte, nach der Zweiten aber so bekannt wird, wie sie von einem plaudernden Gerichtsdiener, oder dem geschwätzigen Schreiber des Advokaten oder der neugierigen Frau oder Geliebten des Richters einer guten Freundinn oder einem Freunde mitgetheilt wird, der nicht säumt, die Nachricht weiter zu verbreiten. Wir können nicht genug unseren Lesern das Studium des neuesten Werkes von Bentham [31]) empfehlen, in welchem die Beziehungen und Vortheile der Gerichtsöffentlichkeit mit einer Umsicht und einem Scharfsinn in einem Detail entwickelt sind, wie sie noch kein Buch erörterte. Ueberall tritt bei ihm die Wichtigkeit der Publizität für die Zwecke der Justiz hervor, überall beweißt er, wie sehr sie für die Entdeckung der Wahrheit ist und nicht selten neue Beweisquellen öffnet. Wie ängstlich man übrigens in Deutschland ist, wenn man von Oeffentlichkeit hört, zeigt der Entwurf, der nicht blos Kinder, sondern auch Weiber ausschließt. Es ist zwar eine hohe Idee, die Gerichtsöffentlichkeit im sogenannten altdeutschen Sinne auszuführen, wo nur der freie zu seinen Jahren gekommene Gerichtseingesessene, der ehrbare Biedermann vor Gericht zugelassen wird [32]); allein will man sie in diesem Sinne einführen (daß wirklich im alten Rechte Weiber von dem Rechte bei Gericht zuzuhören d. h. außer den Schranken zu stehen, ausgeschlossen waren, ist nicht zu erweisen) so muß man consequent nur volljährige angesessene Bürger oder Staatsdiener als Zuhörer Theil nehmen lassen, und man bekömmt dann an den Gerichtsthüren eine hübsche

---

31) *Bentham* rationale of judicial evidence specially applied to the english practice. London 1827. V. vol. Was Dümont in dem Werke: des preuves judiciaires bekannt machte, war nur Auszug aus den Manuscripten Benthams, jetzt liegt das Originalwerk selbst vor, und verdient die Aufmerksamkeit eines jeden Juristen. Von der Publicität handelt er Vol. I. pag. 511. bis 606.

32) S. daher v. Feuerbach Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit II. Thl. S. 213.

wahrscheinlich den Gensdarmes zu überlassende Präliminaruntersuchung über die nöthigen Qualitäten eines Zuhörers; der Entwurf meint es aber nicht so schlimm; nur Weiber und Kinder sind auszuschließen, also jeder minderjährige wenn er nur kein Kind ist, jeder Durchreisende, jeder Bettler hat ein Recht des Zutritts; es ist also die Consequenz der gerühmten politischen Bedeutung der Oeffentlichkeit doch schon verletzt; will man daher Weiber und Kinder nicht zulassen, so muß der Grund in einer anderen Besorgniß liegen, nämlich in der, daß die Sittlichkeit dieser Personen leide. Der Entwurf hat aber ohnehin so viele Ausnahmen von der Oeffentlichkeit gemacht, daß an den Einfluß dieser Besorgniß nicht wohl zu denken ist. Das Ausschließen der Kinder (im engen Sinne genommen) hat gewiß viel für sich [33], aber die Entfernung aller Frauenzimmer in allen Fällen steht mit der überall sichtbaren immer mehr hervortretenden bürgerlichen Selbstständigkeit der Weiber, mit der gewiß mit Recht projektirten Aufhebung des völlig nutzlosen Instituts der Geschlechtsvormundschaft im größten Widerspruche, verletzt die Rechte der Weiber, denen nicht verwehrt werden soll, Antheil an Prozessen zu nehmen, bei denen sie vielleicht interessirt sind oder, weil der Streit ihre Verwandten und Bekannten betrifft, noch näheres Interesse haben, gegenwärtig zu seyn. Die angeblichen Nachtheile sind unbedeutend im Verhältnisse zu den entgegegesetzten Rücksichten und selbst zu den Vortheilen der Justiz z. B. in Bezug auf die Entdeckung manches neuen Zeugen, und auf die Verhinderung mancher falschen Aussage der Zeugen. Sobald man das Zeugniß der Weiber als gültig annimmt, sollte man auch das Gericht dem Weibe nicht verschließen. Da nach dem Entwurfe ohnehin aus Rücksicht auf Sittlichkeit und öffentlichen Anstand geheimes Verfahren eintreten soll, so würde ja die Rücksicht

---

33) Auch *Bentham* l. c. 1. p. 564. erklärt sich für diese Ausschließung.

auf die Sittlichkeit des weiblichen Geschlechts hinreichend gewahrt seyn, wenn ohnehin in solchen Fällen das Publikum ausgeschlossen wird, und eine weitere Erwähnung der Ausschließung der Weiber vom Gerichte könnte daher sehr gut im Entwurfe wegbleiben. Der Ausnahmen welche der Entwurf von der Publizität aufstellt, sind viele; diejenigen welche die Keuschheit und öffentlichen Anstand so oft im Munde führen, mögen auch die kräftigen Worte Feuerbachs [34]) und die Rücksicht erwägen, daß auch in den Fällen, in welchen der Entwurf Ausnahmen zuläßt, die Gründe der volksthümlichen Oeffentlichkeit ebenso wirksam seyn können [35]); die Ausnahme Nr. 1 und 2 wäre ja schon in der Ausnahme 3 enthalten gewesen, und für die Nr. 3 wäre durch Nr. 5 gesorgt gewesen, aber gerade die Ausnahme Nr. 5, nämlich wenn eine oder beide Partheien dem Gerichte wahrscheinlich machen, daß ihnen aus der öffentlichen Verhandlung der Sache bedeutender Nachtheil zugehen würde, erweckt manche Bedenklichkeit [36]). Wäre die Publizität nur der Partheien wegen eingeführt, so könnte man auch annehmen, daß es von ihnen abhinge, darüber zu verfügen; allein die mit der Erreichung der Zwecke der Justiz zusammenhängenden Vortheile der Oeffentlichkeit scheinen sie der Dispositionsfähigkeit der Partheien zu entziehen. Die im Entwurfe gestattete Befugniß der Partheien, bewirkt, vorzüglich wenn nur eine Parthei auf Ausschließung der Oeffentlichkeit anträgt, einen Präliminarstreit unter denselben, bei welchem jede nothwendig oft in das Detail ihrer Ansprüche und Familien- oder persönlichen Beziehungen eingehen, und die Andere damit der Richter nicht

---

34) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit I. Thl. S. 190.

35) Bekanntlich ist jetzt in Frankreich großer Streit, ob in Fällen wo die Verhandlung à huis clos angeordnet wird, doch wenigstens die Advokaten des Hofes gegenwärtig seyn dürfen. Eine Erwägung verdient dies auch in Deutschland.

36) Ueber diese Ausnahme erklärt sich auch *Bentham* l. c. p. 538.

auf einseitiges Vorbringen entscheide, darüber gehört werden muß. Die Willkühr der Gerichte hat dabei einen schlimmen Einfluß, und es ist sehr zu besorgen, daß die vornehmere Partei, die ein Interesse daran hat, daß das Publikum manche vielleicht nicht zur Ehre gereichende Verhältnisse nicht erfahre (gewöhnlich wird nur der Beklagte ein solches Interesse haben können) ein Uebergewicht über die arme erhalte, und das Gericht von der Wahrscheinlichkeit des Nachtheils zu leicht sich überzeugt. Uebrigens ist die bekannte französische Erfahrung, nach welcher eben in Fällen, wo bei verschlossenen Thüren verhandelt wird, die Neugierde des Publikums doppelt groß ist, nicht gering zu achten; es wird nicht fehlen daß auch in Baiern in solchen Fällen dies eintrete, und die Partheien werden dann oft, weil man nur auf unerlaubten Wegen und durch das Gerücht etwas erfährt, schlimmer daran seyn, als wenn die Thüren offen gewesen wären. Es kömmt daher bei der Aufstellung dieser Ausnahme nur darauf an, ob man die unter gewissen Umständen für die Partheien durch öffentliche Verhandlung ihres Prozesses möglicher Weise entstehenden, in manchen Fällen nicht zu läugnenden, Unbequemlichkeiten höher anschlägt, als die Zwecke der Justiz, welche die Oeffentlichkeit gestatten. Auch machen wir darauf aufmerksam, ob nicht die Vorschrift des Code de Geneve eine Nachahmung verdiene [37]).

III. In Bezug auf die Mündlichkeit und ihr Verhältniß zum schriftlichen Verfahren weichen die 3 neuen legislativen Produkte sehr von einander ab. Am treuesten bleibt die hanöv. Prozeßo. dem deutschen Prozeßgange, jedoch mit Begünstigung

37) Nach diesem Code art. 85. heißt es: dans toutes les causes entre époux, ou entre ascendans et descendans les tribunaux pourront ordonner les plaidoiries à huis clos sur la réquisition de l'une des parties, dans les causes entre associés ils pourront aussi l'ordonner sur la réquisition de toutes les parties. Dans la plaidoirie à huis clos chaque partie pourra se faire assister de trois parens ou amis outre son avocat.

der Mündlichkeit, freilich jener Art, wo die Verhandlungen zu Protokoll diktirt werden. Nach §. 1. soll das mündliche Verfahren die Regel bilden, und schriftliches Verfahren so wie Einreichung von Aufsätzen statt mündlicher Rezesse nur bei wichtigeren (wenigstens 30 Thlrn. betragenden) Sachen Statt finden, wenn beide Patheien oder eine derselben darauf anträgt, und die Sache dazu geeignet ist. In gewissen Fällen [38]) soll nie schriftliches Verfahren zugelassen werden; die Klage kann immer schriftlich oder mündlich angebracht werden (§. 40). Der Beklagte kann ebenfalls (§. 41.) in wichtigeren und verwickelten Fällen auf schriftliches Verfahren antragen. — Der niederländische Entw. nähert sich mehr dem franzöf. Code. Ein exploit des huissier, worin der Gegenstand der Klage und die Conclusionen klar und bestimmt angegeben werden, eröffnet [39]) das Verfahren. Der Tag an welchem die Sache vor Gericht verhandelt werden soll, wird in dem exploit angegeben. Wenn an dem darin bestimmten Tage die Partheien bei Gericht erscheinen, so wird plädirt und das Urtheil wird sogleich gesprochen (art. 68.) oder bis zu einer spätern Audienz verschoben. Wenn vor dem Kantonsgericht der Streit geführt wird, so wird kein vorausgehender Schriftenwechsel zugelassen, sondern auf mündliche Verhandlungen entschieden [40]); wenn in einer dort anhängigen beim Kantonsgericht in letzter Instanz entschiedenen Sache Zeugen vernommen werden, so wird über die Vernehmung kein Protokoll gehalten, sondern blos im Urtheil wird das Resultat der Zeugenaussagen bemerkt (art. 14.) in den der Appellation unterworfenen Sachen aber wird ein Protokoll aufgenommen. — In den vor den höheren Gerichten geführten Pozessen kann der Beklagte, nach erhaltenen exploit der Klage wenn die Sache nicht auf mündliche Verhandlung entschieden werden kann, eine Exzeptionsschrift (defense) bei der ersten Erscheinung vor Gericht dem Kläger zu stellen, und zugleich Vollmacht ertheilen [41]); wenn der Beklagte die Vorladungsfrist für zu kurz um sich zur Vertheidigung vorzubereiten hält, so kann er bei dem Richter um Verlängerung nachsuchen (art. 6.) muß aber dann seine defenses 8 Tage vor der Erscheinung bei Gericht dem Kläger signifiziren lassen.

38) Nach Prozeßo. §. 22. wie in den unter 30 Thlr. betreffenden Sachen — in Verbal und leichten Realinjuriensachen — in Sachen der Dienstboten so weit sie ihren Dienst- und Liblohn betreffen; im ersten Verfahren bei Bau- und Gränzstreitigkeiten — in Sachen wenn Gefahr auf dem Vorzuge haftet.

39) *Projet* lib. 1. tit. 1. art. 1 — 5.

40) *Projet* lib. 11. tit. 2. art. 3.

41) *Projet* lib. 11. tit. 3. art. 5.

Der Richter kann auch dem Kläger nach Umständen einen Termin geben, um die jenseitige defenses zu prüfen. — So oft das Gericht eine Sache nicht geeignet findet, um auf bloße mündliche Verhandlungen entschieden zu werden, kann von Amtswegen oder auf Antrag einer Parthei schriftliches Verfahren angeordnet werden [42]). Die ordonance in diesen Fällen ernennt dann einen Richter als Referenten, und bestimmt einen Tag zur Verhandlung; 14 Tage nach der Fällung des Decrets hat der Kläger eine die Erörterung seiner Ansprüche enthaltende Schrift dem Beklagten signifiziren zu lassen, und ihm die Beweisstücke anzuzeigen deren er sich im Prozesse bedienen will, und die er auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt; 14 Tage darauf hat der Beklagte seine Vertheidigungsschrift mit gleicher Anzeige seiner Beweisstücke dem Kläger signifiziren zu lassen. Dem angestellten Referenten werden nun die Schriften und Beweisstücke eingehändigt (29). Der Vortrag wird in der öffentlichen Sitzung erstattet, enthält aber nur das Resumé der vorgebrachten Thatsachen und Ausführungen, ohne ein Gutachten des Referenten (33). Sogleich nach erstattetem Vortrag beginnen die mündlichen Verhandlungen, und nach dem die Staatsbehörde gehört worden ist, wird das Urtheil gefällt. — In allen Handelssachen und überall wo summarisch verhandelt werden soll, findet kein schriftliches Verfahren Statt, mit der Ausnahme, wenn in einer Handelssache es auf Rechnungsliquidationen ankömmt. — Weit zusammengesetzter ist das Verfahren nach dem revidirten baier Entwurf. — In dem summarischen Prozesse (also vor den Einzelnrichtern) tritt nur mündliches Verfahren ein, obwohl die Klage auch schriftlich angebracht werden kann (377). Die Verhandlungen werden ihrem wesentlichen Inhalte nach zu Protokoll genommen; Schriftenwechsel, förmliches Rezessiren oder Einbringen schriftlicher Rezesse ist untersagt (378). Im ordentlichen Prozesse tritt schriftliches Verfahren ein, das in der Regel in Schriftsätzen verhandelt wird (187). Die Klagschrift muß mit aller Vollkommenheit und Sorgfalt gearbeitet werden, die auch der deutsche Prozeß von jeder guten Klagschrift fordert (189). Der Beklagte reicht eine förmliche vollständige Exzeptionsschrift ein (198—202), die wieder dem Kläger zur Abgabe der Replik (207) mitgetheilt wird: ausnahmsweise tritt dann Mittheilung zur Duplik ein (208). Während der Entwurf v. 1825 [43]) im schriftlichen Vorver-

42) *Projet* lib. I. tit. III. sect. IV. art. 22.

43) art. 215. und dagegen meine Bemerkungen in diesem Archive IX. S. 131.

fahren, schriftliche Rechtsausführungen gar nicht, und blos Andeutung der Gesetze und Rechtsregeln duldete, erklärt der neue Entwurf (134) daß die Gesetze und Rechtsgründe worauf der Anspruch oder die Vertheidigung beruht, kurz angegeben werden können, förmliche Rechtsausführungen aber, sollen nur in dem für solche anberaumten Termine Statt finden. — Nach geschlossenem schriftlichen Vorverfahren wird auf den Grund der Verhandlungen eine treue vollständige einfache Darstellung des Streitverhältnisses entworfen (213). So oft nun nach gepflogenen Verhandlungen ein Urtheil erlassen werden soll, muß die Sache in die öffentliche Audienz kommen (360) in welcher der entworfene status causae abgelesen wird; die Partheien tragen dann (in wie ferne nur Advokaten dazu zugelassen werden, davon unten) ihre streitige Rechtssache dem Gerichte mündlich vor (362); und nach geschlossenen Verhandlungen kömmt es zur Schlußfassung entweder sogleich, oder nachdem vorerst ein Referent aufgestellt worden ist (370). Ob diese in den neuesten Entwürfen enthaltenen Vorschläge in Bezug auf den Prozeßgang überhaupt förderlich oder nicht vielmehr unnöthig verzögerlich sind, muß später geprüft werden; hier soll nur näher untersucht werden, welche Vortheile oder Nachtheile das zum Grunde gelegte Verhältniß der Mündlichkeit und Schriftlichkeit hat. — Wenn hier von Mündlichkeit die Rede ist, so kann nicht jener Form das Wort gesprochen werden, bei welcher die Partheien nur ihre Ansprüche und Ausführungen zu Protokoll diktiren, oder die Advokaten schriftliche Rezesse übergeben (mit Recht im baier. Entw. verboten) sondern nur von jener Mündlichkeit soll gesprochen werden, bei welcher die Partheien oder ihre Anwälde dem Gerichte, welches darauf entscheidet ihre Behauptungen und Erörterungen vortragen, ohne daß eine Aufzeichnung des Vorgetragenen erfolgt. Daß diese Form, obwohl bei Anpreisung der Mündlichkeit jedoch nicht vergessen werden darf, daß die im alten deutschen Prozesse begründete Mündlichkeit durch die Ausbildung eines mehr wissenschaftlichen Rechtes und durch das Streben nach Gründlichkeit verdrängt wurde, als die einfachste und natürlichste, durch alle älteren Gesetzgebungen begründete und als diejenige sich empfiehlt, die am wenigsten Zögerungen veranlaßt und durch die lebendige Darstellung und Treue, mit der das Patheienvorbringen zur Kenntniß der Richter kömmt, das Gericht in der Mehrzahl der Fälle in den Stand setzt am schnellsten zu entscheiden, muß jeder bezeugen, der ohne Vorurtheil längere Zeit den Verhandlungen französischer Gerichte folgte und das deutsche Verfahren ebenfalls aus Erfahrung kennt. Wenn wir nun

diese Mündlichkeit in ihrer doppelten Beziehung 1) auf das Gericht 2) auf die Partheien und ihre Vertreter auffassen, so stoßen wir in der ersten Rücksicht freilich auf manche Besorgnisse. 1) Man kann in der Erwägung daß das nur mündlich schnell Vorgebrachte flüchtig nur vor dem Geiste des Zuhörers vorübergehe, und entweder ganz verhalle oder einen schwachen Eindruck zurücklasse, besorgen, daß die Gründlichkeit der Entscheidungen leide, was 2) um so leichter möglich scheint, als das Gericht bei den oft längeren Berathungen keine Grundlage vor sich hat, und des dem deutschen Richter zu Gebote stehenden Mittels, durch die Einsicht der vorliegenden Akten sich zu überzeugen, beraubt ist; 3) es scheinen selbst die Richter durch diese Mündlichkeit in ihren Entscheidungen übereilt zu werden, da sie auf der Stelle entscheiden sollen, während sie nach deutschem Rechte zur ruhigen die Gründlichkeit befördernden Prüfung Zeit genug haben. 4) Auch der Umstand daß nach der mündlichen Form nur die Richter entscheiden können, welche bei den mündlichen Verhandlungen gegenwärtig waren, bewirkt oft Verzögerungen, z. B. wenn einer der damals gegenwärtigen Richter in der Zwischenzeit z. B. wenn die Urtheilsfällung bis zur nächsten Audienz verschoben wird, stirbt oder krank wird, wo dann eine neue mündliche Verhandlung nothwendig wird. 5) Selbst darin daß oft in wichtigern Fällen die Schlußfassung länger verschoben wird, und in der Zwischenzeit der reine Eindruck der damals gehörten Plädoirie so leicht sich verwischt oder seine Kraft verliert, z. B. wenn der Richter nicht sehr gutes Gedächtniß hat, daher nach Wochen oft der Richter aus der Vergangenheit die oft untreuen Reminiscenzen hervorholen muß, liegt ein Grund zur Bedenklichkeit [44]). Die Rücksicht auf Appellation und Rechtsmittel überhaupt, wo im deutschen Prozesse der Oberrichter leicht auf die Akten die ihm eingesendet werden, entscheiden kann, scheint endlich die Mündlichkeit, bei welcher in oberer Instanz die Plaidoirieen immer von Neuem beginnen

44) In Frankreich zeigt sich dies oft sehr nachtheilig, z. B. am 1 Mai wird vom Kläger plädirt; erst 14 Tage darauf plädirt (in wichtigen Sachen erhält wohl der Advokat diese Frist) der Anwald des Beklagten; am 1. Juny replizirt der Kläger und nun giebt am 8. Juny die Staatsbehörde ihre Conclusionen; und das Gericht spricht erst in der nächsten Audienz, so daß am 1. Julius die Richter sich noch an das erinnern müssen, was am 1. May vorgetragen wurde. Der niederl. Ent. lib 1. tit. 1. sect. VI. art. 68. fühlt diesen Uebelstand, und schreibt vor daß wenn das Urtheil erst einen Monat später nach dem Schluß der Plaidoirien gesprochen werden sollte, ohne neue Plaidoirien das Urtheil nicht gefällt werden darf.

müssen, bedenklich zu machen. — Fassen wir die Mündlichkeit in Bezug auf die Partheien und ihre Vertreter auf, so scheinen neue Besorgnisse zu entstehen da 1) eben soviel von der jedoch sehr ungleich den Menschen zugetheilten Gabe der Rede abhängt, daher so leicht der gründliche Anwald dessen ausgezeichnete Rechtskenntnisse im schriftlichen Prozesse in voller Stärke hervorgeleuchtet hätten, von dem Redefertigen gewandten mit der Gabe des Vortrags reich ausgestatteten, aber weniger gründlichen Gegner besiegt werden kann. 2) Es verdient Erwägung, daß auch bei dem mündlichen Vortrage leicht jemand durch äußere Ereignisse, durch Unruhe des Publikums, durch unzeitige Unterbrechung, durch plötzliches Unwohlsein in Verlegenheit gesetzt, dadurch außer Fassung gebracht werden, und durch solche Zufälligkeiten den Prozeß verlieren kann; 3) es scheint überhaupt schwierig in sehr verwickelten Verhältnissen, wo viele kleine Thatsachen durcheinanderlaufen durch mündliche Darstellung Andern die Sache klar machen zu können, und 4) eine neue Besorgniß entsteht aus der Rücksicht daß jemand oft nicht schnell gefaßt seyn kann, dem Gegner auf seine schlauen Darstellungen, neuen Behauptungen zu antworten, und nicht selten um sich nicht lächerlich zu machen, mit ein Paar allgemeinen Sätzen und ungründlichen aber oft blendenden Darstellungen sich aus der Schlinge zieht. — Alle diese Besorgnisse auf welche der Gesetzgeber bei der Organisation des Mechanismus des Geschäftsgangs gewiß Rücksicht zu nehmen hat, führen nur zu dem Satze, daß auch die Mündlichkeit des Verfahrens nicht einer Art von schriftlicher Grundlage entbehren kann, und daß in manchen Fällen ein schriftliches Verfahren nothwendig oder höchst zweckmäßig seyn wird. Die Fragen die der Gesetzgeber sich hier stellen muß gehen nur darauf, wie eine solche Grundlage am besten anzuordnen ist, und ob das schriftliche Verfahren also das, was in manchen Fällen zweckmäßig seyn kann, zur Regel oder zur Ausnahme gemacht, ob insbesondere die mündliche Audienz die Hauptsache seyn (z. B. im französischen und niederländischen Prozesse) oder nur als Schluß- und Ergänzungsverfahren eintreten soll. Der Verfasser dieser Bemerkungen ist überzeugt, daß die mündliche Audienz in der größten Mehrzahl der Fälle völlig hinreicht, das Gericht in den Stand zu setzen ein gründliches Urtheil zu fällen, ohne daß ein solches ausgedehntes förmliches schriftliches Vorverfahren nothwendig wird, wie der baierische Entwurf es vorschreibt. Der niederländische Entwurf scheint in dieser Beziehung den Vorzug zu verdienen, denn darnach wird das schriftliche Verfahren nur ausnahmsweise angeordnet, und in der Mehrzahl

der Fälle wird auf bloße mündliche Verhandlung geurtheilt; dadurch daß das Gericht die Entscheidung bis zur nächsten Sitzung aussetzen kann, ist für die Gründlichkeit der Urtheile hinreichend gesorgt. Forderte man, daß jeder Kläger eine gehörige vollständige Klagschrift von welcher die Abschrift dem Beklagten mitgetheilt würde bei Gericht übergebe, oder wenn er es vorzöge, seine Klage zu Protokoll bei Gericht erklärte, und verlangte man etwa noch, daß wie in Frankreich [45]) 3 Tage vor der Audienz die Advokaten ihre Conclusionen auf der Gerichtsschreiberei deponirten. [46]), so wäre für die Mehrzahl der Fälle genug geschehen, und die mündlichen Verhandlungen der Partheien oder ihrer Anwälde reichten zur Entscheidung hin; — nach Umständen könnte ja einer Parthei noch ein Termin bis zur künftigen Sitzung gegeben, oder wegen der Schwierigkeit des Falles schriftliches Verfahren so angeordnet werden, wie der niederländische Entwurf es thut. — Nimmt man aber die im baier. Entw. vorgeschlagene Form an, so scheint in der Mehrzahl der Fälle entweder das schriftliche Vorverfahren oder die Schlußaudienz überflüssig. Wenn zwar der Entwurf keine förmlichen Rechtsausführungen in diesen Schriften zulassen will, so kann man doch sicher erwarten, daß diese Vorschrift nicht das Eintreten deutscher Rechtsschriften hindern wird; die Gesetze und Rechtsgründe dürfen ja nach dem Entwurfe kurz angegeben werden; das bloße Allegiren der Gesetzesstellen kann damit nicht gemeint seyn; denn in vielen Fällen, wo eben eine gewisse Auslegung eines Gesetzes in Frage steht, oder wo es darauf ankömmt die Analogie zu suchen, nach welcher der im Gesetze nicht klar entschiedene Fall zu beurtheilen ist, muß es dem Schriftenverfasser gestattet seyn, auch die nach den Forderungen der Gründlichkeit ihm nöthig scheinende Rechtsdeduktion zu liefern; und was lang oder kurz hier zu nennen ist, läßt sich nicht leicht abmessen. — Entweder muß man nur die nakten blos auf Thatsachen sich beschränkenden Schriften, die im Vorverfahren nach dem französischen Gesetze an einigen Orten [47]) unter Anwälden gewechselt werden, zulassen

45) Decret v. 30. März 1808 sur la police et discipline des cours art. 70 — 72.

46) Jeder Richter wird dann schon durch Einsicht der deponirten Papiere (die Klagschriften würden ja ebenfalls da liegen) von den Fällen die in der nächsten Sitzung vorkommen, sich überzeugen und sich vorbereiten können

47) An den meisten Orten werden defense und reponse gar nicht gewechselt, sondern die Sache kömmt nach dem der Beklagte den Anwald bestellte, in die Audienz.

oder den Partheien überlassen, wie weit sie ihre Rechtsdeduktionen vorbringen wollen. Uebrigens darf man sich dies Verhältniß welches nach dem baier. Entw. zwischen der Schlußaudienz und dem mündlichen Vorverfahren eintreten wird, nicht ohne Collisionen und Schwierigkeiten denken. Der Entwurf §. 363. erklärt zwar, daß in der Audienz, ganz [48]) neue Thatsachen, neue faktische Einreden, Repliken u. dgl. nicht vorgebracht werden dürfen [49]); allein dies ist leichter vorgeschrieben als durchgeführt. Wie häufig wird erst die persönliche Auseinandersetzung des Streites und die Begründung der Ansprüche und Vertheidigung in der Audienz auf neue Punkte führen, wie oft z. B. werden in Handelssachen die Partheien auf gewisse Handelsgebräuche sich berufen, welche der Gegner läugnet; jeder Richter weiß wie schmal die Gränzen zwischen einem novum und einer, zur Erläuterung und Entwickelung früher erzählter Thatumstände, vorgebrachten Thatsache ist. Selbst das Vorbringen neuer Einreden in der Audienz wird nicht wohl vermieden werden; z. B. der nach §. 200 des Entw. in jeder Lage des Prozesses zuläßigen Einreden; man denke nur an die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache, Einrede mehrerer Streitgenossen u. dgl. — Auch kann es leicht kommen, daß die Einrede der Verjährung jetzt erst vorgebracht und von dem Gegner darauf die Replik der Unterbrechung entgegengesetzt wird. — In solchen Fällen kann es schwierig werden, wie weit ungeachtet dieser nova sogleich in der Hauptsache fortverhandelt und das Urtheil gefällt oder erst wieder schriftliches Verfahren angeordnet oder neuer Termin gesetzt werden soll. Es scheint daher, daß die im Entw. vorgeschlagene Mischung des schriftlichen und mündlichen Verfahrens noch manchen Einwendungen unterliegt. Ob dadurch nicht unnöthige Verzögerung erfolgt, soll unten untersucht werden.

---

48) Das Wörtchen ganz ist wohl überflüssig.

49) Der niederl. Entw. III. tit. sect. 1. art. 4. sagt: le demandeur peut jusqu'à la fin des plaidoiries augmenter ou diminuer ses conclusions, mais il ne peut changer l'objet de sa demande.

Fortsetzung folgt im nächsten Heft.